

GE_GERICHTE ATAS/1025/2018 vom 6. November 2018

GE Cour de justice, 2018-11-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1025_2018

FR: GE_GERICHTE ATAS/1025/2018 du 6 novembre 2018

IT: GE_GERICHTE ATAS/1025/2018 del 6 novembre 2018

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la CJCAS connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie, le recours étant dirigé contre une décision rendue sur opposition fondée sur la LAVS. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 60 LPGA), dans le respect des exigences de forme et de contenu prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi

A/4943/2017 - 17/28 - art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA – E 5 10). Touchée par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification, la recourante a qualité pour recourir (art. 59 LPGA). Le recours est donc recevable.

E. 2

a. Pour l'établissement des faits pertinents, il y a lieu d'appliquer les principes ordinaires régissant la procédure en matière d'assurances sociales, à savoir, en particulier, la maxime inquisitoire, ainsi que les règles sur l'appréciation des preuves et le degré de la preuve. b. La maxime inquisitoire régit la procédure (non contentieuse et contentieuse) en matière d'assurances sociales. L'assureur social (ou, en cas de litige, le juge) établit d'office les faits déterminants, sans préjudice de la collaboration des parties (art. 43 et 61 let. c LPGA ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY, Procédure et contentieux, in Ghislaine FRÉSARD-FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, 2015, n. 27 ss). Les parties ont l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références). c. Comme l'administration, le juge des assurances sociales apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles (art. 61 let. c in fine LPGA). Il doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (Ghislaine FRÉSARD-FELLAY, Procédure et contentieux, op. cit., n. 78). Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 464 consid. 4a ; 122 III 219 consid. 3c) ;

une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101 – Cst ; SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b ; cf. not. ATF 124 V 90 consid. 4b et 122 V 157 consid. 1d s'agissant de la jurisprudence, toujours valable, rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst.). d. Quant au degré de preuve requis, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les

A/4943/2017 - 18/28 - éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références). Il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY, op. cit., n. 81 ss).

E. 3

Le litige porte sur la responsabilité de la recourante, en qualité d'organe formel puis le cas échéant d'organe de fait, pour le dommage subi par l'intimée du fait que la société n'a pas payé les cotisations sociales (AVS/AI/APG, AC, AMat et AF) afférentes aux périodes de septembre 2011 à décembre 2014. Toutefois, avant d'examiner si les conditions d'engagement de la responsabilité de la recourante sont remplies, il s'impose d'examiner le grief formel que cette dernière soulève, portant sur un prétendu vice de notification de la décision initiale du 8 décembre 2015, qui ferait que cette dernière serait nulle et, partant, que la décision sur opposition attaquée devrait être annulée faute d'avoir été précédée d'une décision initiale.

E. 4

a. Comme elle l'avait déjà fait dans son opposition du 22 janvier 2016, la recourante fait grief à l'intimée de lui avoir notifié sa décision initiale par la voie postale à Annecy-le-Vieux, donc en France, plutôt que par la voie diplomatique ou consulaire. b. Il est exact que la notification d'une décision administrative (comme d'un jugement) représente un acte de la puissance publique, si bien que lorsqu'elle doit intervenir sur le territoire d'un État étranger elle doit être effectuée par la voie diplomatique, sous réserve de dispositions particulières d'une convention internationale (ATF 136 V 295 consid. 5.1 ; 135 V 293 ; 124 V 47 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral M 8/06 du 31 janvier 2007 consid. 3.2.2 ; Anne-Sylvie DUPONT, in Anne-Sylvie DUPONT / Margrit SZELESS [éd.], Commentaire romand de la loi sur la partie générale des assurances sociales [ci-après : CR LPGA], 2018, n. 11 ad art. 38 LPGA ; Pierre MOOR / Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3ème éd., 2011, p. 353). La question peut rester ouverte de savoir si – ainsi que le relatent certains auteurs (Pierre MOOR / Étienne POLTIER, op. cit., p. 353, note de bas de page n°853) – la notification directe à l'étranger est admise en matière de sécurité sociale en vertu de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681), entre les États parties audit Accord, donc notamment entre la Suisse et la France. Comme l'office fédéral de la justice l'indique dans ses Lignes directrices sur l'entraide judiciaire internationale en matière civile (3ème

éd., 2003 – état à janvier 2013, p. 5 § 1 in fine), de même que la doctrine la plus récente (CR LPGA – Jean MÉTRAL, n. 41 ad art. 61 LPGA), il y a lieu d'accorder l'entraide en matière d'assurances sociales de la même manière

A/4943/2017 - 19/28 - qu'en matière civile (arrêt du Tribunal fédéral des assurances A 1966, 67-73). Or, la France admet la notification directe par voie postale en matière civile et commerciale, au sens large dans lequel cette notion est comprise par la Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1995 et le 1er septembre 1972 pour la France (RS 0.274.131). c. Au demeurant, si une violation du principe de la territorialité d'un État étranger n'est sans doute pas sans importance, on ne saurait considérer pour autant qu'une notification directe par voie postale sur sol étranger représente un vice formel à sanctionner par principe par la nullité de la décision considérée. À l'égal d'autres vices de notification, elle doit simplement n'entraîner aucun préjudice pour l'intéressé (art. 49 al. 3 phr. 2 LPGA), question qu'il y a lieu d'apprécier au regard des circonstances du cas d'espèce, en s'en tenant aux règles de la bonne foi, qui imposent une limite à l'invocation de vices de forme (ATF 122 I 99 consid. 3a/aa ; 111 V 150 consid. 4c). Dans un ATAS/252/2010 du 10 mars 2010, le Tribunal cantonal des assurances sociales a annulé (et non déclaré nulle) une décision sur opposition déclarant tardive une opposition formée à l'encontre d'une décision de restitution d'indemnités de chômage perçues indûment qui avait été notifiée en France par un pli recommandé que son destinataire avait refusé avant de former opposition contre un nouvel envoi par pli simple de ladite décision, et il a renvoyé la cause à la caisse de chômage pour qu'elle entre en matière sur le fond de l'opposition (ATA/25/2011 du 18 janvier 2011 consid. 4 ; ATAS/301/2007 du 21 mars 2008 consid. 6). La sanction de la nullité doit être exceptionnelle (Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, ad art. 47 LPA, n. 594 ss ; Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 3ème éd., 2015, n. 45 ss ad art. 49 ; Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2ème éd., 2015, p. 377 in fine, 381 ss ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 1575 ss). Selon Anne-Sylvie DUPONT (CR LPGA – Anne-Sylvie DUPONT, n. 11 in fine ad art. 38 LPGA), une communication viciée ne fait pas partir le délai. Or, en l'espèce, la recourante a attesté par sa signature avoir reçu la décision initiale considérée en date du 11 décembre 2015, et elle a formé opposition à son encontre en temps utile, compte tenu de la suspension du délai d'opposition du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 38 al. 4 let. c LPGA), sauvegardant ainsi pleinement ses droits, et, à sa demande, elle a encore pu compléter ultérieurement ses déterminations sur la décision en réparation frappée d'opposition. Elle ne fait mention d'aucun intérêt à exiger – seule conséquence qui entrerait le cas échéant en considération – que la décision initiale considérée lui soit notifiée une nouvelle fois, cette fois-ci par la voie diplomatique ou à l'adresse de son conseil constitué dans l'intervalle (d'abord le même que celui de M. E_____, puis un autre et, plus récemment, encore un autre), dans le but de former opposition, puis recours contre

A/4943/2017 - 20/28 - une décision sur opposition qui serait alors rendue par l'intimée, et de se retrouver finalement au même stade de la procédure. Bien qu'elle n'évoque pas cette question, il sied de préciser, en particulier, qu'un vice qui affecterait le cas échéant la notification de la décision initiale, tenant à son envoi en France par courrier recommandé plutôt que par la voie diplomatique, ne saurait priver ladite décision, parvenue à sa destinataire, de son caractère d'acte interruptif de la prescription tant de deux ans que de

cinq ans prévue par l'art. 52 al. 3 LAVS (sur ladite prescription, cf. ci-après consid. 8). d. Le recours est donc mal fondé en tant qu'il conclut à la nullité de la décision initiale du 8 décembre 2015. Celle-ci n'est pas nulle, et, en tout état, elle ne devrait en l'espèce pas même être annulée pour le motif formel soulevé par la recourante. Aussi faut-il examiner si les conditions d'engagement de la responsabilité prévues par l'art. 52 LAVS sont remplies dans le cas de la recourante.

E. 5

a. Il sied de rappeler, préliminairement, que l'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101), prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Pendant l'année, les employeurs doivent verser périodiquement des acomptes de cotisations ; pour fixer les acomptes, la caisse de compensation se base sur la masse salariale probable (art. 35 al. 1 RAVS). Les employeurs sont tenus d'informer la caisse de compensation chaque fois que la masse salariale varie sensiblement en cours d'année (art. 35 al. 2 LAVS). Les employeurs doivent fournir le décompte des salaires dans les trente jours qui suivent le terme de la période de décompte, qui comprend une année civile (art. 36 al. 2 et 3 phr. 1 RAVS), de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. La caisse de compensation établit le solde entre les acomptes versés et les cotisations effectivement dues, sur la base du décompte ; les cotisations encore dues doivent être versées dans les trente jours à compter de la facturation ; les cotisations versées en trop sont restituées ou compensées (art. 36 al. 4 RAVS). La LAVS s'applique par analogie à la fixation et la perception des cotisations de l'assurance-invalidité (art. 3 al. 1 phr. 1 de la loi sur l'assurance-invalidité - LAI - RS 831.20), des cotisations dues pour les allocations pour perte de gain (art. 27 al. 2 phr. 1 de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 - LAPG - RS 834.1) et des cotisations dues pour les prestations de l'assurance-chômage (art. 6 de la loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 - LACI - RS 837.0). Il incombe aux caisses de compensation pour allocations familiales admises de fixer et prélever les cotisations (art. 15 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 - LAFam - RS 836.2), au nombre desquelles figurent celles qui sont gérées par des caisses de compensation AVS (art. 14 let. c LAFam).

A/4943/2017 - 21/28 - b. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a). À teneur de l'art. 52 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation (al. 1). Si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage ; lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage (al. 2).

E. 6

a. Une des conditions pour que la responsabilité subsidiaire des organes puisse être engagée est que la personne mise en cause soit un organe d'une personne morale tenue, à titre d'employeur, de payer des cotisations sociales, ce qu'était sans conteste la société. La notion d'organe selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui se dégage de l'art. 754 al. 1 CO (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 7.3 publié in REAS 2003 p. 251). Elle comprend tant les organes formels que matériels et de fait de la personne morale employeur. b. Les organes formels sont les organes décisionnels et de contrôle prévus par les dispositions organisationnelles de la personne morale considérée et nommés pour occuper lesdites fonctions (ATF 114 V 211 consid. 4). Ils représentent la personne morale à l'extérieur (ch. 8005 des directives de l'office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG [en abrégé : DP]). Ont notamment cette qualité, impliquant la haute surveillance sur la direction de la personne morale, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ou d'une société coopérative, les gérants d'une société à responsabilité limitée formellement désignés en cette qualité, les membres du comité d'un conseil de fondation ou d'une association. Les organes formels répondent, au sens de l'art. 52 LAVS, indépendamment de leur fonction ou de leur influence sur la marche des affaires de la société, de leur titularité ou non d'un pouvoir de signature ainsi que des motifs de leur mandat (ATF 126 V 237 ; Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], 2011, n. 2393 s.). Sont des organes matériels les personnes auxquelles l'exécution de certaines tâches, incluant le domaine des cotisations sociales, a été déléguée par un acte juridiquement valable sur le plan interne de la personne morale considérée, en sorte de détenir en la matière des compétences allant au-delà d'un travail préparatoire et de collaboration technique ou juridique, autrement dit les faisant participer à la formation de la volonté de la société (Michel VALTERIO, op. cit., n. 2395 s.).

A/4943/2017 - 22/28 - Les organes de fait englobent les personnes qui, sans être désignées formellement en qualité d'organes sur un plan externe ou purement interne, prennent dans les faits les décisions réservées aux organes formels ou matériels ou se chargent de la gestion proprement dite de la personne morale, à telle enseigne qu'elles concourent de manière déterminante à la formation de la volonté sociale et exercent effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ch. 8005 DP ; ATF 132 III 523 consid. 4.5). La qualité d'organe de fait doit être niée s'agissant de personnes qui ne détiennent aucune maîtrise sur la société et ne prennent pas de décisions réservées aux organes, mais n'effectuent que des tâches de bureau, comme l'échange de correspondances avec la caisse de compensation, la tenue de la comptabilité, la signature d'attestations de salaire, la réception de commandements de payer (Michel VALTERIO, op. cit., n. 2397 ss et jurisprudences citées). c. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a été organe formel de la société, en tant qu'administratrice, depuis le 29 septembre 2008. Elle a démissionné de cette fonction le 31 mai 2013 avec effet immédiat ; une assemblée extraordinaire des actionnaires a accepté cette démission le 6 juin 2013 et a donné à la recourante décharge pour son activité d'administratrice. La radiation de sa qualité d'administratrice n'est certes intervenue au registre du commerce que le 3 octobre 2013. La date de radiation de l'inscription au registre du commerce n'est toutefois pas déterminante (ch. 8009 DP et arrêts du Tribunal fédéral cités sous la note n° 205). En l'occurrence, l'intimée a été informée rapidement (au plus tard lors d'un entretien qu'elle a eu le 11 juillet 2013 avec la recourante), que cette dernière avait démissionné comme administratrice avec effet immédiat le 31 mai 2013. Rien ne laisse penser que le maintien de son inscription au

registre du commerce de sa qualité d'administratrice pendant quatre mois a induit l'intimée à penser que la recourante conservait cette qualité au-delà de cette date. L'intimée a d'ailleurs admis, au terme de l'instruction du recours, que la recourante ne revêtait plus la qualité d'organe formel de la société dès le 1er juin 2013. La qualité d'organe formel de la société doit donc être reconnue à la recourante jusqu'au 31 mai 2013. d. Il ne résulte pas du dossier qu'au-delà de sa démission de sa fonction d'administratrice, la recourante a revêtu la qualité d'organe matériel ou d'organe de fait de la société. Elle est restée employée de cette dernière. Sans doute a-t-elle été en contact avec l'intimée précisément pour la question du paiement des cotisations sociales, mais il ne saurait être retenu, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'elle n'était alors pas confinée à effectuer un travail préparatoire et de collaboration technique ou juridique, mais qu'elle avait des compétences impliquant qu'elle aurait détenu un pouvoir propre de décision et de gestion et été en mesure d'exercer une influence déterminante sur la marche des affaires de la société, en particulier sur la facturation d'honoraires susceptible d'assurer à la

A/4943/2017 - 23/28 - société des rentrées de trésorerie puis sur l'affectation de ces dernières au paiement des cotisations sociales impayées. Il ne saurait être inféré du fait qu'au-delà de la fin mai 2013 la recourante a sollicité et obtenu un entretien avec l'intimée, le 11 juillet 2013, et transmis ensuite à cette dernière, le 18 juillet 2013, une proposition concrète d'amortissement, qu'elle s'était trouvée dans la position d'un organe de fait, s'étant substituée à sa fonction d'administratrice, car il appert qu'elle s'est bornée à agir sur les instructions de M. E_____. Une part active prise par elle à ce stade s'explique au demeurant par le fait que les cotisations sociales considérées remontaient alors à des périodes durant lesquelles elle avait été organe formel de la société et qu'il lui fallait prévenir autant que possible que la menace de l'intimée la visant alors elle aussi d'initier à son encontre une procédure pénale pour soustraction de cotisations sociales ne soit mise à exécution. Ce n'est pas sur ses instructions que les premiers versements prévus par cette proposition de paiement ont été effectués, les 26 juillet, 16 octobre et 31 octobre 2013, mais sur décision de M. E_____, quand bien même la recourante est sans doute intervenue auprès de ce dernier pour que tel soit le cas, sans que cela ne lui ait conféré une quelconque maîtrise sur le sujet considéré. L'intimée a d'ailleurs admis, au terme de l'instruction du recours, que la recourante n'a pas été organe de fait de la société à compter de sa démission avec effet immédiat, le 31 mai 2013, de sa fonction d'administratrice. e. C'est à tort que l'intimée a retenu que la recourante avait eu la qualité d'organe de fait de la société depuis sa démission comme administratrice et donc qu'elle devait répondre du dommage causé à l'intimée par le non-paiement des cotisations sociales dès juin 2013.

E. 7

a. L'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'assurance-vieillesse et survivants (RCC, 1978, p. 259 ; RCC, 1972, p. 687). Pour savoir s'il y a un manquement d'une certaine gravité, il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret (ATF 121 V 243 consid. 4b). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (RCC, 1983, p. 101). Selon la jurisprudence constante, se rend coupable d'une négligence grave

l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité

A/4943/2017 - 24/28 - limitée, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur. Les faits reprochés à une entreprise ne sont pas nécessairement imputables à chacun des organes de celle-ci. Il convient d'examiner si et dans quelle mesure ces faits peuvent être attribués à un organe déterminé, compte tenu de la situation juridique et de fait de ce dernier au sein de l'entreprise. Savoir si un organe a commis une faute dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'entreprise (ATF 108 V 199 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.2). Un organe formel – comme l'était la recourante jusqu'à fin mai 2013 – n'en est pas moins tenu par un strict devoir de surveillance à l'endroit des autres organes de droit ou de fait de la société (Michel VALTERIO, op. cit., n. 2392, 2399 ; cf. arrêt du Tribunal cantonal des assurances du canton d'Argovie du 19 décembre 2017 dans la cause VBE.2017.584, in RSJ 114/2018 p. 481 s., selon lequel une incarcération ne libère pas un membre du conseil d'administration de son obligation de veiller au paiement correct des cotisations d'assurance sociale de la société). b. Durant toute la période durant laquelle la recourante a été administratrice de la société, elle était tenue, en cette qualité, de veiller personnellement au paiement des cotisations sociales, de s'assurer de leur paiement régulier et, au besoin, de mettre en œuvre toute mesure utile afin qu'elles le soient effectivement et qu'ainsi la société remplisse ses obligations d'employeur, quand bien même elle n'était pas affectée personnellement au paiement des factures de la société (en particulier des cotisations sociales), ni à la facturation des prestations de cette dernière. La recourante ne peut se disculper en se prévalant d'avoir accepté de faire partie du conseil d'administration de la société aux côtés de M. E_____, administrateur président – puis, dès février 2013, de M. F_____, beau-fils de M. E_____, en lequel elle voyait un homme de paille de M. E_____ – afin de pouvoir signer des documents officiels au nom et pour le compte de la société lors des fréquents déplacements à l'étranger de M. E_____ (puis de la quasi constante absence de M. F_____), non de son initiative mais systématiquement sur les instructions de M. E_____. Elle ne devait pas accepter une telle fonction ou, à tout le moins, devait s'en démettre dès l'instant que la société recevait des rappels et sommations mais que les cotisations sociales restaient largement impayées en dépit le cas échéant de ses pressantes instances auprès de M. E_____ qu'elles soient réglées, à savoir – d'après les pièces produites par l'intimée (cf. « factures, sommations et décisions », figurant sous la pièce 24 du chargé de l'intimée) – dès mars 2012. Il serait d'autant moins acceptable de ne pas lui imputer le devoir précité qu'elle avait une formation de juriste et avait été engagée comme conseillère juridique au sein de la société et du groupe de sociétés dirigées par M. E_____, et qu'à ce titre, en

A/4943/2017 - 25/28 - dépit d'une formation acquise en France, elle ne pouvait ne pas se renseigner sur l'étendue des missions et responsabilités inhérentes à sa qualité d'administratrice. La recourante se met à ce sujet dans une situation contradictoire de plaider d'une part qu'aucune négligence grave ne peut lui être reprochée, à elle, mais

d'autre part que l'intimée a tardé à réduire son dommage en n'excluant pas la société dès 2012, après avoir constaté que les charges sociales n'étaient plus payées depuis la fin 2011 et que les sommations restaient infructueuses en 2012 et que des poursuites devaient être intentées dans le courant de l'année 2012 contre la société. c. C'est donc à bon droit que l'intimée l'a tenue pour responsable, à titre subsidiaire, comme administratrice de la société, du dommage qu'elle a subi du fait du non-paiement de la part non pénale des cotisations sociales de la société de septembre 2011 à fin mai 2013, pour autant – point qu'il convient encore d'examiner – que la prétention considérée n'était pas prescrite.

E. 8

a. Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus ; l'employeur peut renoncer à invoquer la prescription ; si le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est applicable (al. 3). La caisse de compensation fait valoir sa créance en réparation du dommage par voie de décision (al. 4). b. Les délais prévus par l'art. 52 al. 3 LAVS doivent être qualifiés de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2 ; FF 1994 V 964 ; FF 1999 p. 4422). Cela signifie qu'ils ne sont pas sauvegardés une fois pour toutes avec la décision relative aux dommages-intérêts ; le droit à la réparation du dommage au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS peut donc aussi se prescrire durant la procédure d'opposition ou la procédure de recours qui s'ensuit (ATF 135 V 74 consid. 4.2). Tandis que le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, « chaque acte judiciaire des parties » suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse - CO - RS 220). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance (ATF 130 III 202 consid. 3.2). Par ailleurs, tant la décision que l'opposition interrompent le délai de prescription de deux ans et font courir un nouveau délai de même durée (ATF 135 V 74 consid. 4.2.2). Alors que le délai de prescription de deux ans commence à courir dès la connaissance du dommage, celui de cinq ans débute dès la survenance du dommage (ATF 129 V 193 consid. 2.2).

A/4943/2017 - 26/28 - c/aa. Par moment de la connaissance du dommage, constituant le point de départ du délai de deux ans, il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances ne lui permettaient plus de recouvrer les cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 129 V 193 consid. 2.1). Lorsque la caisse de compensation subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur en dehors de la faillite de celui-ci, le moment de la connaissance du dommage coïncide avec celui de la délivrance d'un acte de défaut de biens au sens de l'art. 115 al. 1 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du

E. 11

avril 1889 (LP - RS 281.1) en corrélation avec l'art. 149 LP, et non d'un acte de défaut de biens provisoire au sens de l'art. 115 al. 2 LP, sauf s'il n'y a manifestement plus rien à espérer de la procédure de réalisation. Lorsque durant la procédure de saisie contre

l'employeur, la faillite est ouverte en raison des pertes subies par d'autres créanciers, celle-ci conduit à la suspension immédiate de toutes les poursuites (art. 206 al. 1 LP) ; dans ce cas, en l'absence d'un acte de défaut de biens, la connaissance du dommage dépend des étapes de la procédure de faillite. En cas de faillite, le moment de la connaissance du dommage correspond en règle générale à celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actif (ATF 129 V 193 consid. 2.1 et 2.3 ; Michel VALTERIO, op. cit., n. 2456 ss). c/bb. En l'espèce, l'intimée a fait valoir sa prétention à l'encontre de la recourante par sa décision initiale du 8 décembre 2015, qui a interrompu la prescription de deux ans, pour autant qu'elle n'était alors pas déjà acquise, effet qu'a eu à nouveau, le cas échéant, la décision sur opposition du 14 novembre 2017. C'est le 3 février 2014 que l'intimée a reçu le premier ADB, daté du 31 janvier 2014, dans une poursuite qu'elle avait intentée à l'encontre de la société en vue de recouvrer des cotisations sociales impayées. Elle a donc agi à l'encontre de la recourante, prise comme organe de la société débitrice desdites cotisations, dans les deux ans à compter de la connaissance du dommage, avant même que la société tombe en faillite (le 28 juillet 2016). L'intimée a a fortiori respecté ce délai de deux ans à compter de la délivrance des ADB lui ayant été délivrés par la suite, en particulier les 8 juillet, 4 août et

E. 15

novembre 2014 ainsi que le 25 juin 2015. Il lui était en outre loisible, le 8 décembre 2015, de faire d'ores et déjà valoir à l'encontre des organes de la société une prétention en réparation du dommage consécutif au non-paiement des cotisations sociales alors déjà échues mais pour lesquelles les actes de recouvrement entrepris n'avaient pas encore abouti à la délivrance d'ADB (délivrance qui est intervenue le 6 janvier 2016), dès lors qu'au vu des nombreux ADB déjà délivrés à la date de la décision initiale (donc au 8 décembre 2015), il n'y avait pas lieu d'espérer que la société puisse s'acquitter de ces cotisations (Michel VALTERIO, op. cit., n. 2457 et l'ATF 116 II 158 consid. 4a).

A/4943/2017 - 27/28 - d. Toujours sous l'angle de la prescription, l'intimée pouvait alors agir en réparation du dommage consécutif au non-paiement des cotisations sociales non couvertes par la prescription quinquennale, ayant débuté au moment de la survenance du dommage, c'est-à-dire au moment où on devait admettre que les cotisations dues ne pourraient plus être recouvrées pour des motifs juridiques, comme la péremption du droit de les fixer par voie de décision au sens de l'art. 16 al. 1 LAVS, ou pour des motifs de fait ; en cas d'exécution par voie de saisie, la délivrance de l'ADB marque en même temps la survenance et la connaissance du dommage (Michel VALTERIO, op. cit., n. 2468 s.). En l'espèce, aucune des cotisations sociales visées par la décision initiale du 8 décembre 2015 n'était frappée par la prescription quinquennale, puisqu'il s'agissait de cotisations afférentes aux périodes de septembre 2011 à décembre 2014. e. La prétention objet de la présente procédure n'est donc frappée ni par la prescription de deux ans, ni par celle de cinq ans prévues par l'art. 52 LAVS. 9. En revanche, comme déjà indiqué, la recourante n'avait pas à répondre du dommage constitué des cotisations sociales restées impayées des périodes postérieures à sa démission comme administratrice, soit afférentes aux périodes dès juin 2013. Il n'y a pas de contestation sur le montant du dommage dont l'intimée est fondée à réclamer la réparation à la recourante en application de l'art. 52 LAVS, pour la période durant laquelle cette dernière était administratrice de la société, donc jusqu'au 31 mai 2013. Il est de CHF 76'718.70. Le recours doit donc être admis partiellement et la décision attaquée être réformée dans le sens que le montant dû par la recourante est réduit à CHF

76'718.70. 10. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). Vu l'issue donnée au recours, la recourante a droit à une indemnité de procédure (art. 61 let. g LPGA), dont le montant sera arrêté à CHF 2'500.- (art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03) et mis à la charge de l'intimée. * * * * *

A/4943/2017 - 28/28 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme : 1. Déclare le recours recevable. Au fond : 2. L'admet partiellement. 3. Réforme la décision attaquée, dans le sens que le montant dû par Madame A_____ à la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes FER CIAM 106.1 est réduit à CHF 76'718.70. 4. Dit que la procédure est gratuite. 5. Alloue à Madame A_____ une indemnité de procédure de CHF 2'500.-, à la charge de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes FER CIAM 106.1. 6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du

E. 17

juin 2005 (LTF - RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000.- (al. 1 let. a). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Marie NIERMARÉCHAL

Le président

Raphaël MARTIN

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.